

ВЫСШАЯ ШКОЛА ЭКОНОМИКИ
НАЦИОНАЛЬНЫЙ ИССЛЕДОВАТЕЛЬСКИЙ УНИВЕРСИТЕТ

А.Э. Жалинский

*Избранные
труды*

Том 2

**УГОЛОВНОЕ
ПРАВО**



Издательский дом Высшей школы экономики
Москва 2015

УДК 343:340.5
ББК 67.408
Ж24

Редакционная коллегия:

д.ю.н., проф. *Г.А. Есаков*; д.ю.н., проф. *М.А. Краснов*; д.ю.н., проф. *Л.Р. Сюкияйнен*

Составители:

К.А. Барышева, О.Л. Дубовик, И.И. Нагорная, А.А. Попов

Ответственный редактор — д.ю.н., проф. *О.Л. Дубовик*

Ж24 Жалинский, А. Э. Избранные труды [Текст] : в 4 т. / сост. К. А. Барышева, О. Л. Дубовик, И. И. Нагорная, А. А. Попов ; отв. ред. О. Л. Дубовик ; Нац. исслед. ун-т «Высшая школа экономики». — М. : Изд. дом Высшей школы экономики, 2015. — 1000 экз. — ISBN 978-5-7598-1211-1 (в пер.).

Т. 2. Уголовное право. — 591, [1] с. — ISBN 978-5-7598-1213-5 (т. 2).

В настоящее издание вошли избранные труды А.Э. Жалинского, известного исследователя в области теоретических проблем уголовного права и криминологии, социологии права, сравнительного правоведения и зарубежного уголовного права и криминологии. По этой тематике им написано более 350 научных трудов, в том числе монографий, опубликованных в академических и профессиональных журналах в России и за рубежом. Многие его работы, а также выдвинутые и обоснованные идеи сыграли значительную роль в развитии науки.

В том 2 включена часть работ А.Э. Жалинского по методологии уголовного права, функциям уголовного закона, о преступлении и наказании. Также представлены отдельные образцы его комментариев к статьям и главам Уголовного кодекса РФ. И конечно, особое место в томе 2 уделено исследованиям взаимодействия уголовного права и экономики.

Для специалистов в области криминологии, уголовного права и социологии права — практических и научных работников, преподавателей вузов, аспирантов, студентов и всех интересующихся историей правовой и криминологической мысли, целями, средствами, достижениями и просчетами борьбы с преступностью в нашей стране.

УДК 343:340.5
ББК 67.408

ISBN 978-5-7598-1213-5 (т. 2)
ISBN 978-5-7598-1211-1

© Наследница А.Э. Жалинского
О.Л. Дубовик, 2015
© Оформление. Издательский дом
Высшей школы экономики, 2015

СОДЕРЖАНИЕ

Введение к тому 2	6
-------------------------	---

Раздел 1. ОБЩАЯ ЧАСТЬ

Часть 1. Методология и развитие уголовного права	7
О понимании уголовного права	7
О необходимости развития общей теории уголовного права.....	30
О методологических основаниях уголовного права	33
Проблема спроса на уголовное право	48
Уголовное право. Общая часть (выдержки из учебника «Уголовное право России»)	53
О построении общей инструментально-целевой теории уголовного права	95
Инструментальная характеристика целей уголовного права	106
Уголовное право как источник власти	109
Уголовное право как объект политической борьбы	124
Уголовное право как ресурс: проблемы модернизации	129
Уголовное право в эпоху перемен: ситуация обновления	140
Тенденции и противоречия развития уголовного права	143
Часть 2. Уголовный закон	152
О системе источников уголовного права	152
Правообразующее действие судебной практики по уголовным делам: вопросы совершенствования	167
Уголовно-правовое обвинение в структуре применения уголовного закона	173
Правоустанавливающая функция уголовного закона	183
Обратная сила уголовного закона: правовые позиции Конституционного Суда РФ.....	187
Комментарий к главе 1 Уголовного кодекса РФ	196
Часть 3. Преступление и наказание	217
Противоправность в структуре преступления.....	218
Общественная опасность преступления в структуре уголовно-правовой оценки деяния	227
Объект преступления.....	238

Причинность в структуре уголовной ответственности	253
Комментарий к статьям 43 и 44 Уголовного кодекса РФ	283

Раздел 2. УГОЛОВНОЕ ПРАВО И ЭКОНОМИКА

Об экономическом подходе к уголовному правотворчеству	292
Уголовно-экономическое право: потребности развития	312
Уголовно-экономическое право: проблематика определенности закона (российские и немецкие взгляды).....	317
Инструментальный подход к развитию уголовно-хозяйственного права	329
Уголовное право в системе государственного воздействия на экономику	334
Уголовное право и современная экономическая ситуация.....	338
Развитие уголовного законодательства РФ: смена парадигм.....	349
Уголовный закон: большая имитация реформы. Политика изгнания бизнеса	359
Проблемы сверхкриминализации и декриминализации экономической деятельности	364
Концепция модернизации уголовного законодательства в экономической сфере.....	378
Состязательность и экономическая составляющая уголовного права: современный контекст	387
Проблема «бегства капиталов из России» и совершенствование уголовного национального законодательства.....	390
Уголовная ответственность за преступления, связанные с банкротством кредитных организаций	394
Уголовно-правовая охрана социальной мобильности в современном обществе.....	403
Уголовно-правовые транснациональные конфликты в сфере экономики.....	409

Раздел 3. СПРАВЕДЛИВОСТЬ И ЭФФЕКТИВНОСТЬ ЮРИДИЧЕСКОЙ ОТВЕТСТВЕННОСТИ В ЭКОНОМИКЕ

К вопросу об инструментальной оценке справедливости и эффективности мер уголовной ответственности	423
--	-----

Эффективность и справедливость юридической ответственности в экономике.....	433
Правовой механизм обеспечения баланса справедливости и эффективности юридической ответственности в условиях модернизации экономики	449
Развитие механизма юридической ответственности в интересах повышения эффективности государства и экономики...	518

Раздел 4. ОСОБЕННАЯ ЧАСТЬ УГОЛОВНОГО ПРАВА

Вводные замечания к главам 21–23, 30 Уголовного кодекса РФ	527
Комментарий к статьям 163, 174, 175, 208 и 285 Уголовного кодекса РФ.....	542
Спорные проблемы уголовно-правовой оценки легализации имущества, приобретенного преступным путем	564
Спорные проблемы применения статьи 286 Уголовного кодекса РФ в новых условиях	575
Законодательство о должностных преступлениях нуждается в изменении	582

ВВЕДЕНИЕ К ТОМУ 2

Альфред Эрнестович Жалинский в последние 15–20 лет своей жизни интенсивно разрабатывал проблемы теории уголовного права, много работал над комментариями к Уголовному кодексу (УК) РФ, уделяя внимание как вопросам Общей, так и Особенной части. Его работы, имеющие методологическое значение, оказали существенное влияние на понимание новой роли уголовного права, являющегося не только источником власти и объектом политической борьбы, но и ресурсом социальных перемен.

В том 2 вошла только незначительная часть его работ по методологии уголовного права и функциям уголовного закона, по преступлению и наказанию. Учитывая, что последние 10 лет своей жизни он работал в Высшей школе экономики и уделял колоссальное внимание исследованию связей между уголовным правом и экономикой, уголовной ответственностью и бизнесом, в данный том включены несколько основополагающих статей на эту тему, а также отрывки из отчетов о научно-исследовательской работе за период 2009–2011 гг.

Хотя он, начиная с момента принятия УК 1996 г., занимался комментированием статей и глав уголовного закона, в этот том включены только отдельные образцы его комментариев, для того чтобы дать представление об используемой им технике комментирования. Отмечу, что А.Э. Жалинский преобразовал стандартную тему комментариев к УК РФ. Он использовал возможности освещения таких вопросов, как адресаты уголовно-правовых предписаний, цели и сферы действия уголовно-правовой нормы и др. Ныне эта разработанная им схема широко используется в комментариях к федеральным законам по различным отраслям права.

Но все же, на мой взгляд, при всей ограниченности объема данного тома наибольший интерес представляют те работы А.Э. Жалинского, которые посвящены методологии уголовного права, взаимодействию уголовного права и экономики.

О.Л. Дубовик

Раздел 1

ОБЩАЯ ЧАСТЬ

ЧАСТЬ 1. МЕТОДОЛОГИЯ И РАЗВИТИЕ УГОЛОВНОГО ПРАВА

ПОЯСНЕНИЕ К ЧАСТИ 1 РАЗДЕЛА 1

В последние годы своей жизни А.Э. Жалинский размышлял о состоянии, структуре, целях и предназначении уголовного права как одного из жестких социальных инструментов. В своих выступлениях и публикуемых статьях он неоднократно высказывал неудовлетворенность сложившимся и укоренившимся пониманием роли уголовного права в современном российском обществе. Он пытался сформировать новые подходы к пониманию уголовного права, выявить спрос на него, сформировать инструментальную характеристику этой отрасли. А.Э. Жалинский стремился оценить роль уголовного права как ресурса, как объекта политической борьбы и на этой основе прогнозировать — даже в общем приближении — тенденции его развития.

Думается, что несколько статей, включенных в этот раздел, дадут представление о движениях его мысли и абсолютно новых идеях, которые он пытался внедрить в сознание юридического сообщества.

О понимании уголовного права¹

1. Введение в проблему

Она в данном случае решается на основе получения целостной исходной характеристики уголовного права как регулирующего инструмента (института) — специфической, самостоятельной, социально затратной и внутренне противоречивой правовой отрасли². Необходимо как можно лучше уяснить:

¹ Текст опубликован: Право и политика. 2006. № 5.

² Среди других работ по этой проблематике см.: *Звечаровский И.Э.* Современное уголовное право России: понятие, принципы, политика. СПб.: Юридически центр Пресс, 2001; *Наутов А.В.* Российское уголовное право. Т. 1. Общая часть. 3-е изд. М.: Юрид. лит-ра, 2004; *Жалинский А.Э.* Современное немецкое уголовное право. М.: Проспект, 2004; Кримінальне право України, Загальна частина / под ред. М.И. Бажанова, В.В. Сташиса,

а) что является уголовным правом, какое место эта отрасль занимает в системе социального контроля и в правовой системе, а для этого рассмотреть понятие и сложившиеся исторически идентификационные признаки уголовного права;

б) как оно проявляется в реальности, а для этого дать социальную характеристику уголовного права;

в) каков его необходимый состав, а для этого проанализировать структуру и сущностные черты уголовного права;

г) как общество использует уголовное право, для чего определить задачи и рассмотреть предмет и метод его действия;

д) в чьих руках оно находится и каковы разнообразные последствия его действия;

е) в чем состоят тенденции стихийного и целенаправленного изменения уголовного права в связи с процессами глобализации, усиления террористической угрозы, повышения коммуникативности социальной жизни и «чувствительности» общества, роста технологических, экологических и иных рисков, усложнения социального управления и экономических процессов.

Ниже для этого рассматриваются следующие вопросы:

- проблемные ситуации понимания уголовного права;
- сложившиеся черты уголовного права;
- внешняя юридическая характеристика;
- социальная характеристика;
- юридическая природа уголовного права.

Анализ уголовного права, опираясь на традиционные и проверенные временем данные правовой и смежных наук соответственно, должен быть при этом максимально ориентирован на социальные реалии. Он должен включать предметное понимание уголовного права, т.е. следовать за фактами. При всем уважении к философии, которая действительно содержит важнейшие методологические предпосылки понимания уголовного права, сами по себе цитаты из Платона, Гегеля, Канта, Фуко и других мыслителей являются во многих случаях полезными, но недостаточными аргументами понимания права.

2. Проблемные ситуации

Необходимость такого подхода определяют три основные проблемные ситуации понимания уголовного права.

Первая. Не вполне ясно, как уголовное право служит обществу. Отсутствует должная ясность относительно природы, тенденций и соответственно места уголовного права в быстро меняющемся современном обществе. На этапах социальных перемен уголовное право, в ряде случаев являясь последним защитником уходящих отношений, оказывается неспособным обе-

В.Л. Тация. Київ, 2005; Marek A. Prawo karne. 2 wyd. Warszawa: С.Н. Beck, 2000; Филчев Н. Теоретични основи на наказателното законотворчество. София: Ciela, 2004; и др.

спечивать более или менее плавный, ненасильственный переход к новому правопорядку, более того, иногда тормозит его.

Признается поэтому, что уголовное право находится в трудном состоянии, если не на стадии кризиса¹. Общество в нем нуждается, но его состоянием не удовлетворено. Следовательно, из кризиса нужно выходить. Природа, задачи и механизм действия уголовного права повсюду именно поэтому нуждаются не просто в теоретическом, но в коллективном практическом осмыслении и оценке. Современная уголовная политика должна активно и реально совершенствоваться на основе соглашений, а в длительной перспективе необходимо ее инновационное преобразование по направлению к уголовному праву социального взаимодействия, в котором, возможно, и будут реализованы мечты о соборности или минимизации эксплуатации и насилия.

Вторая. В обществе, в значительной части по вине профессиональных юристов, нет четкого представления как о позитивных и негативных следствиях функционирования действующего уголовного права, так и о существующих в любом обществе способах использования его возможностей. Они одновременно и переоцениваются, и недооцениваются. Но в интересах страны необходимо выявить и правильно использовать механизм действующего уголовного права для достижения позитивных целей при обязательном уменьшении негативных последствий, причем, и это крайне важно, рассчитывая на то, что страна будет существовать и развиваться в необозримом будущем.

В данном случае возникают и подлежат устранению такие негативные следствия, как дефицит исполнения и инфляция уголовного права, превращение его в лозунговое, в лучшем случае символическое право², избирательность его применения, подрыв национального доверия к уголовному праву, перераспределение власти от законодательной и судебной к исполнительной, рост расходов и замедление демографических процессов, криминализация общества и проч. Такие последствия нужно просчитать, не скрывая, и имеющимися способами либо смягчить, либо устранить полностью, что ниже рассматривается как реальная перспектива.

Третья проблемная ситуация непосредственно относится к студентам-юристам и к лицам, работающим с уголовным правом. Она состоит в разрыве между волей законодателя, т.е. законом, и подготовленностью к его применению. Знания уголовного права юристами-профессионалами недо-

¹ См.: Дубовик О.Л. Кризис уголовного права и уголовно-правовой теории // Право и политика. 2001. № 2. С. 63–66; Жалинский А.Э. Немецкая уголовно-правовая наука на смене тысячелетий // Уголовное право. 2002. № 4. С. 136–139; Он же. Экономика, мораль, право. Рецензия на кн.: Пирер Х. фон, Хоманн К., Люббе-Вольфф Г. // Право и политика. 2004. № 2. С. 141–146.

² См.: Жалинский А.Э. Уголовное право между символическим и рациональным // Государство и право. 2004. № 3. С. 51–57.

статочно. Быстрота и слабая аргументация принимаемых решений не соответствуют их реальному значению. Ко многим неудачам по службе и нарушениям законности приводит недостаточное индивидуальное понимание правовой природы и механизма действия уголовного права отдельными специалистами. Допускается слишком много ошибок. Отсутствуют знания и навыки, крайне необходимые для эффективного использования уголовного закона. Возможно, еще опаснее то, что во многих случаях мотивация правоприменителей извращена и не соответствует как их собственным потребностям в безопасной карьере, так и потребностям общества¹. Требования к профессионализму правоприменителя должны быть повышены и, соответственно, повышена мотивация профессиональной группы лиц, работающих с уголовным правом. Поэтому существует необходимость осознать, что уголовное право является сложной, если не самой сложной, по своей природе отраслью права, что связано со сложностью человеческого поведения, его вариативностью, противоречивостью. Во всяком случае, уголовно-правовые решения — это самые ответственные индивидуально адресованные решения в правовой системе, иногда, конечно, их легче оправдывать высшими соображениями, чем правовые решения, опирающиеся на частное право. Соответственно необходимо повышать уровень освоения уголовного права.

Правовой и социальный контекст решения выделенных проблемных ситуаций. Эти проблемные ситуации соотносятся непосредственно с принятым пониманием того, что признается предметом и задачами уголовного права, т.е. его сложившимся составом и практикой применения. Но они, конечно же, не решаются только на основе развития теории и методики уголовного права, а должны быть вписаны в контекст социальной и уголовной политики страны. Это связано с трудностями управления отраслью уголовного права, его консерватизмом и его значимостью как орудия власти.

Поэтому, как выделенные выше, так и еще подлежащие анализу, проблемные ситуации могут решаться только с учетом противоречивости и социальной зависимости уголовного права, его необходимости и его опасности. Уголовное право — это объект профессиональной юридической деятельности. Но оно принадлежит обществу, стране и касается всех ее граждан и не только их.

Уголовное право, как показывает исторический опыт, является необходимым инструментом охраны важнейших интересов любого общества, достигшего определенного состояния зрелости, затрагивает интересы всех социальных групп и каждого человека. Но инструмент этот сложен и опасен. Применение уголовного права влечет в определенном смысле куда более значимые последствия для общества и личности, чем применение иных правовых отраслей. Оно связано с жизненно важными интересами и пред-

¹ См.: Жалинский А.Э. Профессиональная деятельность юриста: введение в специальность. М.: БЕК, 1998.

ставляет собой непосредственное осуществление власти в самом жестком виде — в виде запрета и насилия. Его реализация требует затраты огромных социальных средств, включая подготовку и оплату высококвалифицированных специалистов. Очень часто уголовное право присваивается властью и используется ею только в своих интересах. Не менее часто законодатель и правоприменители, пусть бескорыстно, принимают неверные решения, действуя в соответствии с господствующими взглядами в обществе. Кроме того, уголовное право, не меняясь в своей природе, стареет. В определенных социальных ситуациях оно не отвечает происшедшим изменениям.

По всем этим и иным причинам общая полезность уголовного права недостаточна. В обществе растет доля судимых лиц и не снижается преступность.

Резко изменить сложившуюся едва ли не во всех странах современного мира ситуацию, повторим, трудно. Однако также повторим: необходимо лучше понять, как действует уголовное право, какова его природа, с тем чтобы эффективнее и рациональнее использовать его возможности в соответствии с действующей Конституцией и в интересах общества, контролировать процесс его реализации и своевременно приспособлять к изменяющимся потребностям и возможностям страны. Результаты такой работы должны быть представлены обществу и в рамках уголовной политики положены в основу принятия своевременных и разумных решений о совершенствовании уголовного права.

3. Сложившиеся черты современного уголовного права

Они отражают воздействие социального контекста и, в сущности, определяют данность, реалии уголовного права как социального института, возможности его понимания, тенденции развития, а на этой основе — состояние механизма действия уголовного права.

Консерватизм и изменчивость. Уголовное право представляет собой, с одной стороны, заданный его целями и традициями, весьма консервативный и специфичный механизм, устойчивость которого определяет характер собственного функционирования. С другой стороны, состояние уголовного права сильно зависит от места и времени, т.е. от актуальной ситуации общества. Консерватизм, стабильность, изменчивость и меняющееся воздействие на развитие общества — все эти черты (свойства) одновременно присущи уголовному праву. Общество поэтому должно считаться с этим и заботиться о балансировании его институтов, его устойчивости к переменам, что означает необходимость постоянного мониторинга законодательства при осознании происходящих перемен. Но в каждый данный момент уголовное право представлено обществу как оптимальный в данных условиях и при данном понимании социальных процессов набор запретов, представляющих собой «последний довод» государства и общества в сфере обеспечения социального мира. Действующее уголовное право как будто бы должно реализовать Парето-эффективное равновесие, при котором любое изменение может привести к негативным последствиям и увеличению из-

держек¹. Разумеется, это опровержимая посылка, но ее опровержения должны быть аргументированными.

Историческая обусловленность и тенденции развития. Источником уголовного права являются повсюду существующие социальные потребности и интересы. Уголовное право существует потому, что оно обществу необходимо. Специфика и задачи уголовного права заданы исторически. Каждая отрасль, входящая в систему права, возникает в ответ на те или иные социальные архетипические потребности: необходимость безопасности, избавление от врагов, снижение издержек, закрепление позитивных институтов, правил и процедур.

В самом общем виде уголовное право обеспечивает осуществление «канализированного» насилия. Оно возникло как ответ на потребности населения в безопасности, предсказуемости, повышении — в возможных пределах — комфортности социальной жизни, хотя бы минимальной, так и в ответ на стремление власти к легитимации необходимого ей насилия.

Разумеется, история уголовного права крайне противоречива и в социальном, и в интеллектуальном отношениях. Историческое развитие уголовного права, усложняя и деформируя потребности общества и власти, может быть представлено как противоречиво происходящая реализация потребности в социальном мире и комфорте, но одновременно и как узурпация властными структурами все большего объема прав и возможностей, независимо от воли подданных или граждан. Возможны (и существуют) различные оценки истории уголовного права. С позиций классового подхода оно описывается преимущественно как средство эксплуатации трудящихся классов, охраны интересов классов господствующих, и история предстает исключительно кровавой. В иных парадигмах уголовное право рассматривается как усиление государства на фоне войн за власть, поиска людьми понимания жизни, смены социальных ценностей. Тогда, например, крупнейшие перемены связываются с эпохой просвещения, именами Беккария, Монтескье, Радищева. В близкую к нам эпоху можно выделить такие этапы понимания уголовного права, как персонифицированное властителем уголовное право, опирающееся чаще всего на божественную легитимацию, либеральное уголовное право XIX в., социальное уголовное право XX в. и находящееся, возможно в состоянии развития, координирующее, коммуникативное уголовное право².

¹ Парето-эффективное равновесие — «это равновесие, при котором ресурсы распределены так, что невозможно увеличить благосостояние любого из участников, уменьшая благосостояния кого-либо из остальных» (Кузьминов Я.И., Бендукидзе К.А., Юдкевич М.М. Курс институциональной экономики. М.: ГУ ВШЭ, 2006. С. 10).

² См. об этом: Фельдштейн Г.С. Главные течения в истории науки уголовного права в России. М.: Зерцало, 2003; Сергиевский Н.В. Русское уголовное право. Часть Общая. Петроград, 1915; Философия уголовного права / сост., под ред. и вступ. ст. Ю.В. Голи-

Разумеется, как связь возникновения уголовного права с потребностями общества, так и указания на захват власти новыми не являются. С разных позиций задолго до Энгельса об этом писали Платон, Фома Аквинский, Августин, Лютер, Макиавелли. Различались взгляды на природу человека, которая считалась плохой или хорошей, на высший источник власти, которым признавались мудрость философов, бог, цели государства, насилие, но, кажется, банальной становится мысль: уголовное право в том или ином его состоянии есть неперенный атрибут государства, а оно порождено потребностями в совместной жизни¹.

Сходство социальной и правовой природы уголовного права. Общность механизма возникновения определяет известное сходство уголовного права различных стран, которое отражает их природу и проявляется в ее существенных чертах и свойствах. Эти существенные черты определяют содержание и форму, понимание уголовного права его адресатами и соответственно практику применения уголовно-правовых норм и институтов. Осознанное применение уголовного права и усвоение уголовно-правовых предписаний невозможны без понимания природы уголовного права, роли его консервативной стороны.

Культурно-национальный характер уголовного права. Развитие и актуальные особенности уголовного права и сходны, и уникальны. Его специфика порождается в своем конкретном выражении особенностями и этапами исторических процессов различных стран. Актуальные исторические ситуации накладывают отпечаток на содержание уголовно-правовой отрасли и степень удовлетворенности ею тем обществом, в котором эта отрасль действует. Правда, содержание и степень такого влияния определяются реальными процессами, а не романтическими представлениями об истории своего народа. Однако, поскольку уголовное право продолжает существовать и не меняет свою природу, ведущим является стремление адаптировать уголовное право к реализации стоящих перед ним задач, что противоречиво осуществляется в современном мире, например, и путем расширения уголовно-правовых запретов, и путем усиления уголовно-правовой охраны потерпевших.

Неравновесность уголовного права. Современная социальная ситуация во многих странах, возможно, является переломной для уголовного права, как была переломной эпоха Просвещения. Сейчас во многих странах, включая Россию, активно обсуждается состояние уголовного права. Часто оно характеризуется как кризис уголовного права. Его основными проявлениями считают рост преступности при инфляции уголовного правотворчества и возрастающих расходах общества, наличие избыточных негативных по-

ка. СПб.: Юридический центр Пресс, 2004; Rüping H. Grundriß der Strafrechtsgeschichte. 3. Aufl. München: C.H. Beck, 1998; и др.

¹ Naucke W., Harzer R. Rechtsphilosophische Grundbegriffe. 5. Aufl. München, Luchterhand: Wolter Kluver, 2005.

следствий действия уголовного закона в сфере демографических процессов, сужение сферы частного права и проч. Меры разрешения этого кризиса рассматриваются как недостаточные¹.

4. Внешняя (нормативная) характеристика уголовного права

Она определяется его сформировавшимися чертами и в каждой стране представляет собой систему сложившихся и в сущности имеющих нормативное значение представлений о понятии, идентификационных признаках, предмете, методе, задачах уголовного права и его месте в правовой системе. Современные юридические характеристики уголовного права варьируются от страны к стране, от эпохи к эпохе, но в каждый данный момент их необходимость несомненна.

До перехода к анализу данного вопроса одна оговорка. В рамках юридической характеристики уголовного права сталкиваются два равно необходимых, но по-разному развитых подхода.

Первый состоит в формулировании нормативного понятия уголовного права, которое описывает его, хотя и самым общим образом, как самостоятельный, специфический правовой феномен. Исходное понятие отрасли уголовного права является формальным в своей основе. Но оно идентифицирует данный правовой феномен и определяет его границы, установленные законодательной властью. Оно не может передать всего богатства содержания и формы уголовного права, но является важнейшим элементом правового языка и лежит в основе всех характеристик уголовно-правовых феноменов.

Второй подход, будучи основан на формальном понятии уголовного права, должен выявлять как устойчивые сущностные, так и меняющиеся черты уголовного права, описывая уголовное право как предписания, предусматривающие возможность реальных и потенциальных изменений во внешнем мире. Здесь есть некоторая аналогия с криминологией и характеристикой преступности. Преступность вначале описывается как сумма преступлений, а затем как некоторое социальное явление, существующее в определенных границах.

5. Исходные формальные понятия уголовного права

Оборот «уголовное право» в русском языке многозначен. Это отрасль права, науки права, законодательства, иногда институт, охватывающий все эти значения. Основное исходное понятие уголовного права предназначено для обозначения и, тем самым, объединения родственных и взаимосвязанных норм в некоторое целое — отрасль. Оно выработано в процессе длительного исторического развития, состоящего в разграничении отраслей права и кристаллизации их специфики.

¹ Krise des Strafrechts und der Kriminalwissenschaften? / Hrsg. H.J. Hirsch. Berlin: Dunker & Humblot, 2001; *Roxin C.* Zur Entwicklung des Strafrechts im kommenden Jahrhundert // Aktuelle Probleme des Strafrechts und der Kriminologie / Hrsg. E. Plywaczewski. Bialystok, 1998. S. 443–472.

Уголовное право — это прежде всего отрасль права, т.е. совокупность, сумма предписаний, закрепленных в законе или ином тексте, который признается источником права, и определяющих, какие деяния признаются преступлениями, какие меры уголовно-правового характера и при наличии каких предпосылок могут назначаться при совершении отдельным лицом запрещенного уголовным правом деяния. В сущности, это единое для континентального права понятие, разумеется, предполагающее редакционные различия¹.

Из формального понятия отрасли уголовного права вытекает ряд следствий.

Первое. Основным формальным идентификационным признаком уголовного права является связь всех его предписаний с возможностью назначения или отказа от назначения виновному лицу уголовно-правовых мер. Уголовное право — это некоторое, в идеале ненарушаемое, единство норм, которые устанавливают право на применение, прежде всего наказания, а также иных, но именно уголовно-правовых, мер в строго определенных случаях. Любая иная отрасль права может запретить то или иное деяние, поведение. Но только уголовное право формулирует запрет так, чтобы связать его с применением наказания либо иных мер уголовно-правового характера.

Второе. Уголовное право содержится в его источниках как имеющее строго определенный смысл и соответствующее форме, т.е. тексту, в котором эти веления закреплены. В этом смысле уголовное право — артефакт. Оно сделано людьми как предписание о должном.

Третье. Уголовное право предстает адресату как государственная воля, формируемая в определенной процедуре, которая может и должна быть истолкована, но не может быть изменена.

Нормы уголовного права, выраженные в текстах, как и любые иные нормы, должны быть поняты, истолкованы, конкретизированы и переведены в форму, пригодную к реализации. Но так или иначе нет преступления вне уголовного права, закрепленного в законе, и нет уголовного права вне регулирования преступления и наказания.

Собственно, такое понимание уголовного права является частью общественного сознания и оно отрефлексировано или интуитивно определяет и отношение общества к уголовному праву, и его реалии как социального института.

Оно означает надпрофессиональное осознание внутренних регулятивных, воздействующих потенциально на общество сил уголовного права и механизма их реализации, а говоря проще, позволяет понять, как текст закона реализуется на практике и влияет на жизнь общества. Общество, государство, страна, различные слои населения, центры власти, отдельные

¹ См.: *Наумов А.В.* Российское уголовное право. Курс лекций. Т. 1. Общая часть. М.: Юрид. лит-ра, 2004. С. 18.

граждане должны знать, что на самом деле происходит с уголовным правом, как оно работает и какие изменения производит.

6. Социальная характеристика уголовного права

В данном случае она не означает возвращения к так называемой социологической школе уголовного права и в основном не совпадает с ней по содержанию.

Объект и предмет социального анализа уголовного права. Объектом социального анализа уголовного права является само уголовное право, но взятое:

- а) в контексте социальных процессов;
- б) как сумма реальных изменений во внешнем мире, вызванных действием уголовного права;
- в) как ресурс власти.

Исходя из сказанного можно полагать, что предмет социального анализа уголовного права определяется его связью с общими социальными процессами, в том числе с деятельностью различных социальных групп. Он, в частности, должен включать:

- потребности общества в уголовном праве;
- позиции общества по отношению к уголовному праву, в том числе участие в правотворчестве, реализации и контроле;
- последствия действия уголовного права;
- ресурсы, которые общество вкладывает в функционирование уголовного права.

Наконец, предмет социального анализа включает опасности, связанные с выходом уголовного права за пределы социальных потребностей.

Методика социального анализа. В своей основе она является традиционной и должна быть преимущественно пригодной для собирания эмпирических данных. Вместе с тем хорошо известно, что в этой сфере эмпирические данные все равно являются оценочными. Оценки, полученные в ходе социального анализа уголовного права, должны поэтому сопоставляться, по меньшей мере, с тремя наблюдаемыми критериями:

а) *пространственно-временным*, т.е. реалиями его существования с момента возникновения, их сходством в различных правовых системах, в частности в существовании одинаковых последствий, связанных с реализацией уголовного права (издержки, криминализация населения, необходимость легитимации запретов и наказания, острые споры по этим проблемам и проч.);

б) *целевым*, т.е. выработанным на основе некоторого согласия представлениям о задачах, субъектной принадлежности и о переносимости уголовного права;

в) *социальной эффективности*, т.е. связи реалий уголовного права с политическими, экономическими и социальными процессами.

Необходимость и пригодность этих критериев подтверждается, прежде всего, наличием различных интересов в обществе и отмеченным единством,

однородностью уголовного права. Уголовное право возникает в разное время, но практически при сходных обстоятельствах, в одинаковых социально-политических условиях. Институты уголовного права даже в различающихся системах континентального, англо-американского, китайского, мусульманского права устанавливают субъектную ответственность, включают институт вины и проч., а существующие различия, скорее, понятны специалистам, чем лицам, уголовным правом не занимающимся. Наконец, реализация уголовного права во всех странах связана с существованием мощного аппарата, возникновением процессуальных порядков и проч. Повсюду оно внедряется в сами основы социального порядка, ограничивает или вообще устраняет основные права и свободы человека, с постоянной угрозой использования его властью в ненадлежащих целях. Следует в качестве критерия избрать усредненную характеристику социальных реалий и фиксированные отклонения от них, чтобы оценить положение дел в собственной стране, учитывая при этом ее особенности.

Согласованные представления о целях и переносимости уголовного права должны ориентироваться на общее благо страны. Здесь существует интеллектуально-психологическая трудность. Например, количество обвинительных приговоров рассматривается преимущественно как показатель состояния преступности. Но нужно признать, что в этом случае реализация уголовного закона может стать совершенно непереносимой для общества, заблокировав иные социальные процессы. Во многих странах (и не только в России) так и происходит.

Критерием оценки реалий уголовного права является далее *его подконтрольность различным социальным группам*. В принципе оно должно находиться всегда в руках законодательной и судебной, но не исполнительной власти. В действительности положение гораздо сложнее. Возникла практика длительного содержания предполагаемых преступников в следственных тюрьмах, и нередко это вполне заменяет уголовное наказание, что нивелирует роль суда.

Поэтому анализ социальных реалий уголовного права должен быть направлен на выяснение того, кто, какие социальные структуры и группы определяют состояние уголовного права и извлекают выгоды из него, находится ли этот социальный инструмент под контролем общества, рассматриваясь при этом как социальная ценность, как средство поддержания социального мира в стране. Он должен способствовать уяснению существенных черт и одновременно требований, которые общество вправе и должно предъявлять к уголовному праву, т.е. его реальному состоянию и идеальных моделей, как они понимаются в данной стране.

Некоторые параметры социального состояния уголовного права. Они в известной степени основаны на характеристике его сложившихся черт, но передают их количественно-качественные особенности именно в структуре социального взаимодействия.

А. Степень укорененности уголовного права в современном обществе и оценка его необходимости. Отрасль уголовного права в его современном состоянии действительно функционирует повсеместно как востребованный обществом и в целом одобряемый им социальный институт. Общество согласно с тем, что данный институт регламентирует применение насилия конституционно определенными властными структурами в целях охраны значимых для общества социальных ценностей как внутри страны, так и за ее пределами. В литературе в последнее время, правда, не русскоязычной, вновь ставился вопрос об отмене уголовного права, его несовместимости с правами человека и гражданина¹. Общество в целом, однако, поддерживает необходимость применения жесткого насилия в ответ на поведение, грубо нарушающее его интересы. Это проявляется в требованиях возвращения смертной казни, усиления ответственности, во введении новых запретов для борьбы с коррупцией и проч. Во многих случаях, правда, такие требования эксплуатируются либо в популистских, либо в имитационных целях. Большинство граждан, разумеется, считает, что такое насилие должно быть строго регламентировано, ограничено законом и должно применяться на его основе. Вместе с тем многие стороны уголовного права, прежде всего относящиеся к правоприменительной практике, вызывают неодобрение и настороженность отдельных социальных групп. Такое противоречивое отношение к уголовному праву существует практически во всех странах, во всяком случае родственной с нами культуры².

Уголовное право, поэтому, развивается под влиянием противоречивых интересов властных групп и общего давления населения, осознанно или неосознанно стремящегося к усилению безопасности путем усиления репрессии, а во многих ситуациях к психологическому удовлетворению различных стремлений (восстановление справедливости, реванш, месть, присоединение к сильной группе и проч.). Проблема в том, что должно оно развиваться все же на основе общих закономерностей, при обязательном учете сбалансированных интересов страны и обеспечения равного положения ее граждан.

Это должно проявляться и на международной арене. Сейчас и здесь наблюдаются противоречивые тенденции. С одной стороны, существует сопротивление согласию с общепризнанными принципами и нормами международного права. С другой — отсутствует должная защита против распространения действия иностранного уголовного права на территорию РФ и ее граждан, наблюдается агрессия принятых вне России уголовно-правовых запретов и иных конструкций.

¹ *Jescheck H.-H.* Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil. 4. Aufl. Berlin: Duncker & Humblot, 1988. S. 3.

² См.: *Качмарек Т.* Общественное мнение об уголовно-политических основах нового польского УК 1997 г. и практики его применения // Право и политика. 2001. № 4. С. 63–66; *Kraewski K.* Dokąd zmierza polska polityka kryminalna? (Wokół książki Teodora Szymanowskiego) // Państwo i prawo. 2005. Nr. 10. S. 90–100.

Б. Существующая интенсивность уголовно-правового насилия (репрессии).

Здесь также сложная картина. В своей основе уголовное право как будто бы только реагирует на поведение членов общества. Оно обеспечивает безопасность в обществе, предупреждает совершение преступлений, оно устраняет самосуд и, несомненно, удерживает многих граждан от применения насилия. Правда, дедовщина в армии, случаи пыток со стороны должностных лиц, первое место в мире по количеству убийств и покушений на них не создают благостной картины. Тем не менее уголовное право, как следует из сказанного, определенным образом обеспечивает социальный мир, определяя его содержание и состояние. Вместе с тем и уголовно-правовое насилие как таковое представляет собой сложное явление. Уголовное право преодолевает насильственную и иную преступность насильственным же путем. Это неизбежно, но обязывает общество и государство постоянно проверять, не является ли уголовно-правовое насилие, как физическое, так и психическое, избыточным по интенсивности и целям. Для этого необходимо тематизировать, т.е. сделать предметом обсуждения, объем уголовно-правового насилия, его структуру, необходимость, переносимость адресатом и обществом в целом, последствия.

Насилие всегда состоит в ограничении возможностей личности. По ст. 43 УК РФ — применительно к наказанию — оно заключается в лишении или ограничении прав и свобод, и связано с подавлением сопротивления лица, к которому оно применяется, и соответственно с лишением определенного статуса. Страдания фактически являются следствием насилия. Но крайне важно то, что люди совершенно по-разному переносят насильственное, безличное или добровольное страдание. Уголовно-правовое насилие, поэтому, является результатом принуждения и меняет характер отношений субъекта и адресата насилия, между которыми возникают отношения господства и подчинения, правоты и определенной потери достоинства или статуса. Поэтому уголовно-правовым оказывается любое насилие, которое осуществляется как ответ власти на деяние, признанное преступлением, независимо от степени страдания. Хотя, разумеется, степень страдания, характер кары играют самую существенную роль. Трудно сказать, в каком объеме осуществляется и насколько необходимо такое насилие.

Здесь приходится выдвинуть несколько суждений, нуждающихся в проверке и анализе.

Первое. Количество лиц, находящихся в местах лишения свободы, больше — абсолютно и относительно, чем до 1917 г., больше (в расчете на 100 тыс. человек), чем во многих, если не во всех, европейских странах. Условия отбывания наказания улучшаются медленно. Для оправдания такой практики серьезных аргументов нет. Граждане РФ не отличаются повышенной склонностью к совершению преступлений. Иное утверждение — миф.

Второе. В обществе происходит иррадиация, применение незаконно-го насилия в ответ на законное насилие. Лица, в отношении которых было осуществлено уголовно-правовое насилие, вполне законно или в результате

незаконного решения, образуют слой населения с повышенной агрессивностью, отчужденный от общества. У них принудительно снижается статус со всеми вытекающими последствиями. Одним из фактических доказательств этого является рецидив.

Третье. Разумное снижение объема законного насилия может в большей степени обеспечивать интересы страны.

В. Уголовное право как объект борьбы интересов и выражение компромисса. Длительное время действующее в нашей стране уголовное право рассматривалось как классовая, а затем всенародная воля. На самом деле оно никогда не было таким, и сейчас факторы его компромиссности, часто недостаточной, должны быть осознаны. Ситуация и здесь является противоречивой. Вне споров практически находится необходимость борьбы с терроризмом, охраны жизни, здоровья, собственности. В то же время очень часто обсуждается тяжесть наказания за эти и другие деяния и регулярно вносятся предложения об усилении наказания за самые разные преступления.

Ряд социальных групп постоянно настаивает на расширении уголовной ответственности в сфере экономики, нравственности. Вместе с тем кажется, что значительные социальные интересы не осознаны в уголовно-правовой сфере. Давление на законодателя объясняется чаще профессиональными соображениями, психологической настроенностью и проч. Уголовное право в этом смысле является частью общественного сознания и как таковое отражает все его свойства. Отсюда два направления рассуждений.

Первое — необходимость анализа существующего отношения к уголовному праву и его соблюдения в соответствии с конституционными началами жизни страны.

Второе — необходимость жесткого социального контроля уголовного права и его своевременного приспособления к нуждам общества. Эти направления противоречат друг другу, но такова жизнь.

Г. Структура воздействия уголовного права на общесоциальные процессы. Здесь анализу подлежит круг адресатов уголовного закона, виды отношений и институтов, на которые он воздействует и последствия его действия, причем явные и скрытые. Несколько слов об этом. В уголовно-правовой литературе велась в свое время полемика по поводу адресатов предупредительного воздействия уголовного права, а именно: являются ли ими все граждане или лишь те из них, которые склонны к совершению преступлений. Эта полемика отражала дух времени и вынужденно была наивной. На самом деле действие уголовного права распространяется на все общество, на все социальные группы, на всех членов общества, на их статусы и коммуникации, если угодно — на все общественные отношения в данной стране.

Это не просто теоретическое допущение. Действие уголовного права, разумеется, опосредованное рядом институтов и субъектов (акторов), суммой решений либо уклонением от принятия решений, либо потенциальной возможностью принятия уголовно-правовых решений ощутимо определяет реальное состояние безопасности, а также психологическую атмосфе-

ру в стране (склонность к силовым решениям, катастрофизм, ощущение защищенности—незащищенности и проч.). Оно сказывается на состоянии институтов практически во всех социальных сферах, в частности на трансформационных издержках, соотношении между контрактным и статусным регулированием, частным и публичным правом. Нужно признать, что это значительно лучше, чем у юристов, выявлено в работах экономистов, развивающих направление «Право и экономика», и специалистов в области экономической социологии¹. Наконец, действие уголовного права в значительной мере влияет на распределение экономической и политической власти.

Д. Степень стабильности уголовного права. Это очень важная, но недооцененная черта социальной характеристики уголовного права, подлежащая оценке на фоне его исторического развития. Уголовное право, как уж отмечалось, является развивающимся, меняющимся объектом. Это, собственно, вытекает из уже названных его социальных свойств, но нуждается в особом внимании.

Уголовное право как система зафиксированных в тексте закона или в прецедентах норм действительно стареет, теряет эффективность или просто становится вредным, находясь под влиянием социальных перемен, что в нашей стране можно было наблюдать излишне часто. Но во многих случаях изменения уголовного закона являются продуктом политической игры и подрывают его авторитет. Однако его потенциальные цели, его предназначенность не выступают в чистом виде и меняют свое содержание в процессе развития общества, правовой и соотносимой с правом общественной мысли. Реально — продукт — социальные услуги, которые оказываются на основе уголовного права, делятся между социальными группами, причем неравномерно и так, что для некоторых групп они могут быть отягощающими, а не полезными. При этом все же следует считать, что уголовное право:

а) отвечает за выбор людьми желательных для них способов защиты индивидуальных ценностей, который осуществлялся частично добровольно, а частично навязывался обладателями силовых возможностей, но передав уголовное право в руки власти в обмен на некоторые гарантии безопасности;

б) трансформируясь и часто искажая заданные при выборе цели, оно все-таки по своей природе обеспечивает определенное ядро безопасности всех членов общества, а переставая выполнять эту задачу, по существу самоликвидируется как уголовное право, преобразуясь в произвольное насилие.

Поэтому необходимо уяснить, что крайне сложно, кто является адресатом уголовно-правовых мер, какая социальная группа наиболее защищена и от преступных посягательств, и от уголовного преследования, кто несет наибольшую долю социальных расходов, связанных с реализацией уголовного права.

Е. Рост затратности на уголовное право. Уголовное право фактом своего существования порождает различные социальные затраты, которые мо-

¹ См.: Радаев В.В. Экономическая социология. М.: ГУ ВШЭ, 2005.

гут быть обоснованными и необоснованными. Эта тема очень осторожно затрагивается юристами, которые отделяются замечанием, что дешевая юстиция дорого обходится государству, и требованием повышать зарплату судьям и работникам правоохранительных органов во имя борьбы с коррупцией. Здесь невозможно говорить об отдельных, весьма сложных, вопросах затрат на уголовное право. Отметим лишь, что эти затраты могут быть прямыми и косвенными, вынужденными и избыточными, полезными и вредными, организационными, управленческими, могут выражаться в вынужденной социальной помощи и проч. Во всех случаях затраты на уголовное право зависят от его качественного состояния и пределов регулирования. И во всех случаях они означают перераспределение социальных ресурсов между иными нуждами.

Приведем лишь один *пример*. Уголовное право, поскольку оно именно регламентирует насилие, а не просто разрешает его, своими предписаниями всегда и повсюду порождает определенную организацию досудебных, судебных и исполнительных органов и осуществляемые ими процессуальные порядки. Поэтому государству и обществу приходится содержать аппарат, реализующий уголовное право и защищающий от него: оперативно-розыскные службы, следствие, суд, уголовно-исполнительные структуры, адвокатуру, в некоторой части корпоративных юристов и проч. Между содержанием уголовно-правовых запретов, характером уголовно-правовых мер и потребностью в этих службах существует тесная связь. Но в любом случае, повторим, — это социально-экономическая проблема: куда девать очень существенный объем бюджетных средств, взятых из кармана налогоплательщика. Однако, возможно, наибольшие затраты или издержки уголовное право влечет в сфере демографических процессов и образования.

Соответственно, крайне необходимо провести исследования затрат, хотя бы для выявления их обоснованности. С этих позиций следует перейти к анализу юридической сущности или природы уголовного права.

7. Юридическая сущность (природа) уголовного права

Она находится в сложном соотношении с формой, внешним состоянием этой отрасли права. Юридическая внешняя характеристика уголовного права, например его формальная определенность, отражает сущностные характеристики этой отрасли. Но соответствие юридического внешнего и сущностного внутреннего — формы и содержания — продолжает оставаться в теории уголовного права недостаточно познанным.

В общей теории права проблема сущности права связывается с выходом за пределы собственно юридического анализа и восхождением к так или иначе понимаемым метаюридическим ценностям, получая самое различное решение в разных работах¹.

¹ «Сущность права не может быть постигнута ни практическим правоведением, ни даже общей теорией права, если последняя не выйдет за пределы юридических категорий»

Применительно к уголовному праву рассматривается не философская, а, скорее, практическая составляющая его сущности. Это проявляется двояко. Во-первых, сущность уголовного права, проявляющаяся в данном социальном контексте, реально и часто независимо от провозглашаемой уголовной политики определяет его развитие, состав, функционирование, последствия, наконец, общую социальную полезность. Во-вторых, сущность уголовного права познается в его чертах и демонстрируется в граничных критериях уголовно-правового характера данной группы норм.

Сущностно природа уголовного права более консервативна, чем его форма, внешнее выражение и даже содержание, понимаемое как набор уголовно-правовых норм. Она выделяет уголовное право как качественно самостоятельный феномен, специфицирует его и определяет как его неизменяемые свойства, так и его предметную составляющую, которую образуют регулируемые социальные феномены, их податливость воздействию, их влияние на уголовно-правовую технику. Именно глубинные черты уголовного права определяют его действительное влияние на поведение людей и правопорядок в обществе, его издержки и выгоды.

Проблема сущности уголовного права поэтому есть проблема организации и осуществления уголовно-правового дискурса, столкновения научных и обыденных, религиозных и светских, эмпирических и обобщенных суждений. В практическом выражении — это проблема внутренней обоснованности уголовно-правовых решений, связанности законодателя и правоприменителя, потребностей и возможностей, одобряемого и терпимого, расходов и выгод. Разумеется, и теоретический, и практический подходы требуют огромной информационной базы, собираемой общими усилиями. В связи с этим далее приводятся соображения в порядке постановки вопросов, требующих, несомненно, дальнейшего обсуждения.

Природа уголовного права, возникшего в процессе развития общества как специфическое средство удовлетворения его потребностей, всякий раз подлежащих анализу и контролю, формирует его действительные задачи и пределы воздействия. Нельзя судить о природе уголовного права по его задачам, сформулированным в законе, и предмету воздействия, описанному в книгах. Законодатель может в принципе произвольно определять текст уголовного закона, однако он не способен реально обеспечить желаемое состояние его действия, разумеется, за пределами прямого произвола. Так, самые жесткие репрессии не обеспечивают сохранение защищаемого режима. В этом смысле трудно согласиться с тем, что: «Дать определение понятия отрасли уголовного права — это значит раскрыть его содержание путем указания на предмет и метод уголовного права, т.е. собственно на те признаки уголовного права, которые и показывают специфику уголовно-правового

(Лейст О.Э. Общая теория государства и права. Т. 2. М.: Зерцало, 2002. С. 27); см. также работы В.С. Нерсесянца, Г. Харта и др.

регулирования в системе иных юридических режимов регулирования»¹. На самом деле все наоборот. Природа уголовного права определяет и его предмет, и его задачи.

Рассмотрение сущности уголовного права (что требует особого, отдельного анализа) подводит к вопросу о соотношении уголовного права и уголовного закона либо к снятию этого вопроса. Известно, что нормы уголовного права устанавливаются уголовным законом. Различия между понятиями уголовного права и уголовного закона выявляют, в сущности, форму и содержание данной отрасли права, выделяя специфические вопросы. Уголовный закон выражен формально. В России это Уголовный кодекс. Для уголовного закона существенны такие его признаки, как действие во времени и пространстве, структура, определенность и ряд других требований к нему.

Нормы уголовного права — более абстрактное понятие, их нужно выделить в уголовном законе путем его толкования. Не совпадая с понятием статей или иных структурных элементов уголовного закона, нормы уголовного права воплощают содержание предписания законодателя.

8. Сущностные черты и граничные критерии природы уголовного права

Как граничные критерии свойства уголовного права определяют пределы его существования в рамках присущей ему природы, выход за которые превращает уголовное право либо в иную отрасль, либо, что значительно хуже, в маскировку беззакония. Только как пример необходимости разграничения права уголовного и иного можно указать на споры относительно того, что именуют уголовной ответственностью юридических лиц в Австрии. Проект соответствующего закона называется «Проект Федерального закона об ответственности союзов за деяния, по которым угрожают судебные наказания», а в литературе ведутся споры о том, является ли такая ответственность действительно уголовной либо, на самом деле, административной или гражданско-правовой².

Состав уголовного права. Это понятие характеризует набор предписаний, которые в результате исторического развития действительно образуют уголовное право как самостоятельную отрасль, являясь для этого необходимым и достаточным. Понятие состава уголовного права в правовой литературе не употребляется. Однако оно полностью соответствует законам русского языка и выявляет характеристики уголовного права иные, чем понятие «система уголовного права». Основная проблема, связанная с составом уголовного

¹ Звечаровский И.Э. Современное уголовное право России. СПб.: Юридический центр Пресс, 2001. С. 8–9.

² См.: Schmoller K. Odpowiedzialność karna podmiotów zbiorowych na tle austriackiego projektu ustawy // Państwo i prawo. 2006. Nr. 2. S. 30 i.d.; см. также: Хайне Г. Юридические лица и их ответственность в немецком административном праве: проблемы реформирования // Уголовное право. 2001. № 1. С. 99–104; Он же. Коллективная уголовная ответственность: проблема санкций // Право и политика. 2001. № 7. С. 43–51.

права, состоит в уяснении следующих вопросов: какие элементы входят в него, достаточен ли их набор и каким он должен быть? С этих позиций состав уголовного права включает на разных уровнях: нормы-запреты; процедурные нормы и нормы о мерах, т.е. последствия нарушения запрета; затем предписания, описывающие деяния; предписания, обязывающие к действиям или бездействию и направленные на правоприменителя; предписания, обосновывающие запрет, дифференцирующие запрет, нейтральные к ответственности.

Уголовный закон (в данном случае УК РФ) двояко определяет состав уголовного права. Наиболее общая, но чрезвычайно важная, формулировка содержится в ч. 2 ст. 2 УК РФ. По ней в необходимый состав уголовного права входят основания и принципы уголовной ответственности: нормы, на основе которых опасные для личности, общества и государства деяния признаны преступлениями, т.е. уголовно-правовые запреты; нормы о видах наказания и иных мерах уголовно-правового характера; связь этих норм с совершением преступлений. Иным образом УК РФ определяет состав, как, впрочем, и систему всем своим содержанием. В состав уголовного права входят все нормы уголовного права, предусмотренные УК РФ. При анализе источников уголовного права придется все же решать, все ли уголовно-правовые нормы входят в Уголовный кодекс или состав уголовного права шире, чем состав УК РФ. Один из таких практически значимых вопросов относится к огромному объему норм, восполняющих бланкетность и содержащихся в иных отраслях права, но также весьма разнообразных. Более существенным является вопрос о различии элементов состава уголовного права и их взаимосвязи.

При анализе состава уголовного права необходимо выделять две его составляющие.

Первая — консервативная, определяющая идентификационные признаки и сущностные черты, а в определенном смысле и иные нормы уголовного права.

Вторая — меняющийся набор норм, отражающий различия уголовно-правовых отраслей разных правовых семей и истории каждой правовой системы. Пример первой — наличие уголовно-правовых запретов. Они могут быть кодифицированы, содержаться в отдельных нормативных актах, быть выраженными в прецеденте, но любая система уголовного права предполагает наличие запретов, нарушение которых влечет соответствующую реакцию. Для уголовного права разрешено все, что не запрещено. Некоторые сосредоточенные на своих мыслях специалисты полагают, что это начало возникло при перестройке, отражая ее либерализм. В действительности оно урегулировано еще в Коране, который чрезвычайно трудно обвинить в излишней свободе нравов.

Иные сущностные свойства или граничные критерии уголовного права могут быть классифицированы на *функциональные* и *онтологические*.

Они могут быть преобразованы в форму принципов уголовного права или уголовного закона, а на уровне познания — в критерии, которые должны быть положены в основу оценки состояния уголовного права и принимаемых уголовно-правовых решений, что определяет собой развитие, осуществление уголовного права, процесс и механизм его воздействия на внешнюю среду. Так, понимаемая сущность в определенной части базируется на философских или иных, системно более общих, суждениях, но принципиально выводится из социальных реалий, правовых ограничений и предназначенности данного, созданного обществом, правового феномена, каким и является уголовное право.

9. Об отдельных граничных критериях уголовного права

Ценностно-объективный характер уголовного права. Эта черта определяется как предназначенностью права, так и собственно его природой как системой велений, отражающих волю законодателя, его отношение к внешнему миру, а соответственно, и механизмом его возникновения.

Объективность уголовного права проявляется в том, что оно регламентирует, запрещая и устанавливая воздаяния, реальное поведение, то что имеет внешнее выражение и производит изменения во внешнем мире.

Ценностный характер уголовного права проявляется в необходимости оценки поведения путем отбора охраняемых ценностей, описания элементов поведения (внутренних и внешних), установления тесной связи с поведением.

В сущности, все содержание уголовного права есть оценки законодателя, но обращенные к объективно существующим явлениям и сформулированные определенно. Например, в ч. 2 ст. 10 УК РФ устанавливается, что временем совершения преступления признается время совершения общественно опасного действия (бездействия) независимо от времени наступления последствий. Это предписание есть оценка законодателем целесообразной регламентации предсказуемости применения закона путем создания определенного предписания.

Субсидиарность уголовного права. Эта черта проявляется юридически весьма противоречиво. Уголовное право: его запреты обращены к деяниям, которые уже запрещены позитивным правом, поскольку практически во всех уголовно-правовых системах разрешенность деяния исключает уголовную ответственность. Но в то же время нормы уголовного права — явно или неявно — меняют характер позитивного регулирования. Из этого, в частности, вытекает, что уголовное право устанавливает абсолютные права государства, которые, конкретизируясь, меняясь, превращаются в относительно определенные при возникновении соответствующего юридического факта.

При этом круг адресатов уголовного закона связывает как законодателя, так и третьих лиц. Между тем это сущностная черта уголовного права, которая проявляется и в содержании, и в применении уголовно-правовых норм. Прав был Н.С. Таганцев, когда писал: «Норма права обращается исключительно к тому, на кого она налагает обязанность подчинения; уго-

ловный закон, создавая особое отношение государства к посягающему на норму, имеет многогранное отношение: во-первых, к лицам, обязанным воздерживаться от нарушений, к возможному виновнику; во-вторых, к органам власти, устанавливающим преступность и наказуемость, и наконец, в-третьих, к самому государству, во имя и ради интересов которого налагается наказание»¹.

Пригодность к легитимации и регламентации государственного насилия.

Система правовых норм является уголовным правом, поскольку она существующими в нем и используемыми им средствами определяет и легитимирует право государственной власти и специально уполномоченных ею государственных органов на применение наиболее жесткого насилия, затрагивающего самые важные в правовом государстве конституционные права личности, включая ее статус. При этом важно подчеркнуть, что уголовное право легитимирует именно насилие от имени государства, но не органов государственного управления, не власти исполнительной, а власти, действующей от имени государства, т.е. судебной.

Легитимация насилия осуществляется путем объявления его вынужденным ответом на поведение субъекта, что, разумеется, требует развернутого обоснования в законе и уголовно-правовой мысли. Регламентация насилия имеет многосторонний характер. Уголовное право объявляет его наказанием или иной уголовно-правовой мерой, но всегда выделяет его как особый правовой институт. Оно определяет основания применения насилия, повышая уровень противоправности поведенческих актов, устанавливает содержание и границы насилия, возможности отказа от него. Смысл и юридические конструкции уголовного права формируются потребностью в насилии путем наказания или иного регламентированного воздействия и определяется им. Там, где общество может обойтись без насилия, нет необходимости в уголовном праве, поэтому практически любое изменение уголовного законодательства влечет изменения в объеме и содержании права на применение насилия. Соответственно неотъемлемой составляющей уголовного права является регламентация видов, объема, возможностей дифференциации наказания именно как насилия личностного, т.е. связанного с государственным упреком в адрес личности.

Современное законодательство позволяет применять насилие и на основе административного права. Однако зона собственно личностного насилия в административном праве сужается; возможно, оно исчезнет, так же как исчезли долговые тюрьмы.

Направленность на объявление упречными (запрещение) отдельных видов деяний как общественно опасных. В немецкой уголовно-правовой литературе высказано профессором К. Роксином мнение о том, что предписание не относится к уголовному праву лишь потому, что оно регламентирует на-

¹ Таганцев Н.С. Русское уголовное право. Лекции. Часть Общая. Том 1. Изд. второе. СПб., 1902. С. 74–75.

рушение веления или запрета; это делают также гражданско-правовые или административно правовые предписания¹. Действительно, не всякий запрет обязательно является уголовно-правовым и описывает уголовно наказуемое деяние. Но уголовное право предназначено для того и приспособлено к тому, чтобы устанавливать специфические запреты, формальные отличия которых бесспорны, а материальные не всегда найти просто. Деяние должно быть запрещено при наличии таких оснований, так и таким образом, чтобы объявить его общественно опасным и обосновать меры уголовно-правового характера за его совершение. Поэтому существенной чертой уголовного права является определение и обозначение деяний как принципиально отличающихся от иных противоправных деяний в соответствии с признаками ст. 14 УК РФ. Это принципиально, поскольку легитимирует, по мнению ряда специалистов, последующее наказание как денунциацию, мягко говоря, снижение статуса². Центральными здесь, вероятно, являются конструкции общественной опасности и личности субъекта деяния, выраженной в признаке виновного совершения.

Традиционно и в основном правильно общественная опасность связывается с понятием преступления, поскольку она впервые упоминается в ст. 14 УК РФ «Понятие преступления». В действительности все признаки деяния, в том числе не относящиеся к составу преступления, поскольку они легитимируют или усиливают меры уголовно-правового характера, являются общественно опасными или оценены, таким образом, неверно. Это относится к совокупности деяний, соучастию и проч. Гражданскому праву не известны и не могут быть известны институты совокупности неисполнения договора, рецидива неисполнения, соучаствия неисполнения и проч.

Идентифицирующим признаком уголовно-правового характера запрета является также связь деяния и личности, что не ограничивается виной, и прямо предусмотрено ч. 3 ст. 60 УК РФ «Общие начала наказания», где обязывается при назначении наказания учитывать характер и степень общественной опасности деяния и личность виновного.

Пригодность к определению оснований и границ уголовно-правовых предписаний как государственной гарантии. Эта черта, свойственная праву в целом, но в уголовном праве она имеет особое значение и влечет специфические следствия. Уголовное право должно быть наличным, определенным, предсказуемым и позволять защиту от обвинения. Определенность уголовного права должна гарантировать возможность его понимания всеми адресатами, причем в сложных, пограничных ситуациях реализации. Она проявляется в принципиальном ограничении как собственно права на насилие, так и права на вмешательство с целью применения насилия. Система запретов в уголовном праве и связанные с запретами меры уголовно-правового ха-

¹ Roxin C. Strafrecht. Allgemeiner Teil. Bd. 1. München: C.H. Beck, 2006. S. 1.

² См.: Dabber. Positive generalprevention und Rechtsguttheorie // Zeitschrift für Gesamte Strafrecht. 2005. Nr. 3. S. 494.

рактера ввиду этого принципиально не знают пробелов. Они мозаичны по своей природе. Если в уголовном праве не запрещено определенное деяние, то никто не вправе, заменяя законодателя, считать это пробелом.

Поэтому если право на насилие не ограничено, т.е. содержательно и формально четко не определено в неких границах, уголовное право не существует, т.е. совокупность норм не является уголовно-правовой. Можно сказать, что, устанавливая право на насилие, уголовный закон одновременно ограничивает его, однако с юридической точки зрения это пересекающиеся, но различные свойства уголовного права. Ограничение права на насилие осуществляется, прежде всего, на законодательном уровне, т.е. содержательно, когда определяется разница между опасным, противоправным и общественно опасным, преступным деяниями, когда устанавливается мера насилия и общие начала его применения, в частности назначения наказания. Но оно осуществляется и на уровне правоприменения. При этом возникает весьма существенная проблема, связанная с балансом интересов общества, потерпевшего и лица, совершившего преступление. Общество может желать усиления наказания при распространенности преступлений. Субъект деяния не может отвечать за ухудшение положения с правопорядком. Наконец, определенность уголовного права проявляется в его предсказуемости. Начало предсказуемости, в свою очередь, ограничивает как внезапные решения законодателя, так и правоприменительное усмотрение, во всяком случае, проявляющееся в резком изменении практики применения уголовного закона.

Обеспечение предсказуемого соотношения деяния и последствий. В основе уголовного права по природе вещей лежит связь деяния и воздаяния, причем и деяние, и воздаяние представляют собой по общему правилу потери. Деяние причиняет ущерб, иначе оно не должно запрещаться. Воздаяние причиняет ущерб, иначе оно не имеет смысла. Связь между деянием и воздаянием реализуется в приговоре суда, а также в ряде предварительных решений, например, об избрании меры пресечения. Уголовное право регламентирует эту связь и без такой регламентации не существует. Оценка общественной опасности деяния дается в интересах общества. Ее определение является прерогативой и обязанностью законодателя. Общественная опасность определяет санкцию и индицируется ею.

В то же время деяние имеет личностный характер, а ответственность несет именно личность, даже если эта личность юридическое лицо. Из этого вытекает несколько следствий. Прежде всего, общественная опасность деяния может быть определена только так, чтобы она могла быть приписана деянию личности, поставлена ей в упрек. Между тем существует определенная напряженность между задачами УК РФ, указанными в ст. 2 Кодекса, а также в некоторой части — целями наказания по ст. 43 УК РФ и иными его нормами, особенно ст. 60 «Общие начала назначения наказания». Статья 2 и частично ст. 43 УК РФ определяют уголовную политику, особенно в части

Научное издание

Жалинский Альфред Эрнестович

ИЗБРАННЫЕ ТРУДЫ

В четырех томах

Том 2
Уголовное право

Зав. редакцией *Е.А. Бережнова*

Редактор *Н.М. Дмуховская*

Художественный редактор *А.М. Павлов*

Компьютерная верстка и графика: *Ю.Н. Петрина*

Корректор *О.И. Ростковская*

Подписано в печать 10.12.2014. Формат 70×100 ¹/₁₆
Печать офсетная. Гарнитура Newton
Усл. печ. л. 48,1. Уч.-изд. л. 39,6. Тираж 1000 экз. Изд. № 1803

Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики»
101000, Москва, ул. Мясницкая, 20
Тел./факс: (499) 611-15-52

ISBN 978-5-7598-1213-5



9 785759 812135